

11

ACORDO NA DELAÇÃO PREMIADA NÃO É ILIMITADO E PARÂMETROS NA LEI N. 12.850/2013

Doorgal Borges de Andrada¹

O *plea bargaining* existente no Direito norte-americano permite, via de regra, que no processo penal a acusação e o réu barganhem acordos entre si – quase que de modo privado – que nem sempre necessitarão de homologação da justiça, dependendo da legislação de cada Estado-Membro.

A delação premiada, que está regulamentada na Lei n. 12.850/2013, difere desde o nascedouro daquele instituto, pois o sistema judicial dos EUA é forjado na *Common Law* (que prestigia os precedentes), enquanto que brasileiro, de origem romano-germânico, é baseado nos Códigos, na conhecida *Civil Law*, muito embora o modelo norte-americano cada dia mais caminhe em direção a este sistema.

O acordo havido entre o Ministério Público e o réu no *plea bargaining* pode ser bem mais amplo e não se submete aos limites legais rígidos previstos em códigos e leis como aqui. Há casos em que o acusado se beneficia com forte redução da sua pena apenas por confessar um crime. Outros recebem alteração na capitulação da denúncia, e há o benefício da prisão perpétua para afastar a pena de morte.

No Brasil, como sabido, a delação premiada se faz nos limites da recente Lei n. 12.850/2013, observado o devido processo legal e a estrita observância da legalidade penal/ processual penal.

¹ Desembargador da 4ª Câmara Criminal do TJMG.

José Carlos Cal Garcia nos alerta:

Não obstante a expressa menção à matéria típica de direito processual, os benefícios previstos ao réu delator têm nítido caráter material, tais como a redução das penas e a fixação do respectivo regime de cumprimento. [...] discutir a delação premiada significa inseri-la no contexto da função estatal voltada ao esclarecimento de determinados fatos e cuja rigorosa observância dos direitos fundamentais relacionados com o devido processo legal é pressuposto de validade e legitimidade.²

O acordo público – penal – entre as partes terá que passar pelo crivo da homologação judicial e da sua previsão legal. Se benefícios homologados deixarem de observar a legalidade plena, certamente irão influenciar a sanção e o processo penal, ficando passível de nulidade toda a decisão, *data venia*. Seriam provas viciadas, oriundas de atos ilegais. Ou seja, os parâmetros do acordo se limitam aos que estão autorizados pela Lei n. 12.850/2013.

O inesquecível e renomado Francisco de Assis Toledo leciona com muita propriedade:

O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais.³ (Grifo nosso).

O grande Aníbal Bruno registra e nos ensina:

O rigor dessa limitação e a força dessas garantias estão no princípio que faz da lei penal a fonte exclusiva de declaração dos crimes e das penas, o princípio da absoluta legalidade do direito punitivo, que exige a anterioridade de uma lei penal, para que determinado fato, por ela definitivo e sancionado, seja julgado e punido como crime.⁴ (Grifo nosso).

² GARCIA, José Carlos Cal. *Boletim Eletrônico Conjur*, 08 out. 2014.

³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 21.

⁴ BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 192.

Este princípio da reserva legal é fundamento básico do nosso direito penal e processual penal. Por ele o Estado está, por um lado, legitimado a estabelecer restrições a direitos fundamentais do cidadão de forma limitada na lei, mas sem poder atuar com abusos ante tal prerrogativa, fazendo-o somente por meio do que *está previsto na lei em sentido estrito* e nele encerrar toda descrição da conduta proibida e a correlata sanção.

Cabe registrar algumas regras básicas para a nossa delação premiada, pois a Lei n. 12.850/2013, no *caput* de seu art. 4º e o § 1º, também no § 8º. do art. 4º, autorizam prêmios pela colaboração sob os seguintes prismas, obrigatórios:

- somente para *aquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal*;
- para a *concessão do benefício se levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração*;
- *o juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais*;
- *vier a favorecer unicamente o acusado colaborador efetivo, jamais terceiros ainda que réus.*

Não se perfazendo o conjunto das regras acima, o acordo poderá ser declarado judicialmente nulo.

E, não bastassem as regras mínimas acima descritas, também o *caput* do já citado art. 4º, nos diz expressamente que o réu 'colaborador eficaz' terá em troca uma gama de benefícios bem limitados na lei, e, o delator poderá ser premiado tão somente com: *a) perdão judicial; b) redução em até 2/3 da pena privativa de liberdade; c) substituição da pena corporal por restritiva de direitos.*

Portanto, tendo sido barganhado algum benefício não previsto na lei, o réu poderá estar sendo aquinhado com uma premiação ilegal, indevida, cabendo ao magistrado afastar a cláusula legalmente defeituosa ou até mesmo não homologar o acordo ilícito.

Eventuais benefícios penais fora da previsão do texto da lei ferirão os sagrados princípios da legalidade, da ampla defesa, e o devido

processo legal. A título de exemplo, enumeramos alguns benefícios que não estão elencados como prêmio e, *data venia*, não podem ser ajustados pelas partes:

- a) estender os seus efeitos do prêmio a terceira pessoa indicada pelo réu, visando beneficiar quem não é colaborador efetivo;
- b) deixar o Ministério Público de representar contra ele réu ou deixar de oferecer denúncia;
- c) validar informações que não se mostravam necessárias ou imprescindíveis ao processo e que poderiam, quando muito, caracterizar a atenuante da confissão espontânea;
- d) validar em benefício do réu eventual atuação ilegítima da polícia no curso das investigações;
- e) permitir como prêmio qualquer vantagem econômico-financeira ao réu-colaborador.

Assim, o Ministério Público embora seja o titular da ação penal, a persecução penal se submete aos princípios da Indisponibilidade e Indivisibilidade e, não poderá com base na Lei n. 12.850/2013 dispor da obrigatoriedade da denúncia. Ou seja, a delação premiada não permite negociar o não oferecimento da peça penal exordial.

É certo que a Lei n. 12.850/2013 trouxe para si experiências exitosas da Lei n. 9.099/95, que inaugurou entre nós o espaço da justiça penal consensual, como a transação penal e a conciliação civil. Também se inspirou fortemente no *plea bargaining* vivido no Direito norte-americano – mas dele se difere como já dito – pois ao contrário da nossa lei, permite-se alterar ou até evitar o oferecimento da denúncia, e, de outro lado, ainda supervaloriza a confissão.

Quanto ao modelo alienígena, Gabriel S. Queirós Campos nos descreve as controvérsias sobre a barganha penal ‘privada’ norte-americana:

A *plea bargaining*, contudo, consiste em um dos aspectos mais controversos do sistema de justiça criminal dos Estados Unidos da América. A crítica mais grave formulada contra o instituto é a de inconstitucionalidade por supressão de direitos fundamentais do acusado. Na doutrina especializada, Lynch (2003, pp. 24-27) recorda que o Bill of Rights norte-americano estabelece uma

série de salvaguardas para o acusado, incluindo o direito de ser informado das acusações, o direito de não se autoincriminar, [...]

Ele questiona: *é legítimo que o Estado use seus poderes de acusação e sentenciamento (charging and sentencing powers) para pressionar o acusado a renunciar a seus direitos?*

Vistos, portanto, que esses dois institutos de justiça penal consensual – brasileiro e norte-americano – não se confundem e quase são incompatíveis, sobretudo em face da grande diferença judicial vivenciada – através de séculos – entres os dois países: *Common Law X Civil Law*. Além disso, a federação lá praticada na sua plenitude permite que cada Estado-Membro crie o seu próprio modelo apropriado de *plea bargaining*.

REFERÊNCIAS

- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- GARCIA, José Carlos Cal. *Boletim Eletrônico Conjur*, 08 out. 2014.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

